

N. 00633/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00964/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 964 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Azienda Energia e Servizi Torino S.p.A. (Aes Torino S.p.A.), rappresentato e
difeso dagli avv. Riccardo Montanaro, Cristina Nicoletto, Cristina Romano, con
domicilio eletto presso Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Comune di Chieri, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Angeletti, Luigi M.
Angeletti, con domicilio eletto presso Carlo Angeletti in Torino, via Bertola, 2;

nei confronti di

Metanprogetti Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Emanuela A. Barison, Antonio
Verrando, con domicilio eletto presso Emanuela A. Barison in Torino, corso
Inghilterra, 41;

per l'annullamento:

quanto al ricorso introduttivo del giudizio:

- a) del disciplinare di gara relativo alla procedura negoziata indetta dal Comune di Chieri per l'affidamento in gestione del servizio di distribuzione del gas naturale a mezzo di rete urbana (GIC 2808314605), dell'invito a formulare offerta, del 22.6.2011, e della ulteriore documentazione di gara ivi allegata, di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, con particolare riguardo:
- b) alla determinazione dirigenziale n. 214/2011, del 31.3.2011, con la quale il Comune di Chieri ha dato avvio alla procedura negoziata per la gestione del servizio di distribuzione del gas naturale a mezzo di rete urbana, e al relativo invito preliminare in data 7.4.2011;
- c) alla nota prot. n. 25370 in data 11.7.2011, con la quale il Comune di Chieri ha omesso di dare risposta alla richiesta di revisione del disciplinare di gara, nonché alla richiesta di chiarimenti e di proroga presentate dalla Società ricorrente in data 8.7.2011;
- d) della nota prot. n. 25452 in data 11.7.2011, con la quale il Comune di Chieri ha ribadito quanto esposto nella precedente nota prot. n. 25370, con riguardo al termine per la risposta ai chiarimenti indicato nel disciplinare di gara;
- e) della nota prot. n. 25778 in data 13.7.2011, con la quale il Comune di Chieri ha nuovamente omesso di considerare le ulteriori richieste di revisione, chiarimenti e proroga presentate dalla Società ricorrente in data 11.7.2011;
quanto al ricorso per motivi aggiunti depositati il 15/10/2011:
- f) della nota Rif. 10/2010/2 in data 27.4.2011, a firma del Responsabile del servizio gare appalti contratti e del dirigente dell'area servizi finanziari e patrimoniali, con la quale è stato dato atto dell'istruttoria relativa alle istanze di partecipazione;
- g) del verbale di gara del 19.7.2011, Rif. 10/2010/2, con il quale la Commissione giudicatrice ha aggiudicato in via provvisoria il servizio alla Metanprogetti Srl;
- di tutti gli atti precedenti, già gravati con il ricorso principale;

quanto ai motivi aggiunti depositati il 28/10/2011:

- h) della determinazione n. 559/2011, in data 23.9.2011 del Dirigente Area Servizi Finanziari e Patrimoniali, recante aggiudicazione definitiva dell'appalto di cui alla procedura codice CIG 2808314605;
- nonché per il risarcimento dei danni patiti e *pattendi* in conseguenza della partecipazione a gara illegittima;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Chieri e di Metanprogetti Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso passato alla notifica il 19 luglio 2011, depositato il successivo 2 agosto, la ricorrente Azienda Energetici e Servizi Torino s.p.a. (in prosieguo "A.E.S.") impugna gli atti in epigrafe indicati, relativi alla procedura di affidamento negoziata indetta dal Comune di Chieri per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale a mezzo rete urbana dopo che una precedente gara aperta era andata deserta.

A sostegno del ricorso deduce:

I) violazione dell'art. 57 comma 2 lett. a) e 221 comma 1 lett. a) del D. L.vo 163/06, eccesso di potere per difetto dei presupposti e illogicità manifesta, in relazione alle modifiche apportate al disciplinare relativo alla precedente gara aperta;

II) violazione dell'art. 14 comma 6 del D. L.vo 164/00, dell'art. 46 bis del D.L. 159/07 ed eccesso di potere , in relazione al fatto che i criteri di aggiudicazione dell'appalto privilegiano gli aspetti economici dell'offerta;

III) violazione dell'art. 2 D.L.vo 163/06, dei principi fondamentali vigenti in tema di gare pubbliche, eccesso di potere per illogicità e irrazionalità manifesta, in relazione alla genericità delle clausole del bando che riguardano il piano industriale ed al fatto che non si prevede la presentazione di questo in apposita busta separata dalla offerta economica;

IV) violazione dell'art. 72 D. L.vo 163/06 in relazione alla brevità del termine riservato alla stazione appaltante per rispondere su eventuali chiarimenti;

V) violazione dell'art. 72 comma 3 D L.vo 163/06, degli artt. 1 e 10 L. 142/09, eccesso di potere per travisamento ed illogicità, in relazione al fatto che la risposta data dal Comune sulla richiesta di chiarimenti presentata dalla ricorrente é stata evasiva;

VI) violazione dell'art 64 bis comma 2 D.L. 159/07, degli artt. 1, 2 e 3 del D.M. 19.1.2011, dell'art. 24 comma 4 D.L.vo 93/2011, in relazione al fatto che la procedura é stata indetta in violazione della disciplina sugli ambiti territoriali minimi.

La ricorrente ha quindi concluso chiedendo l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

2. Con motivi aggiunti depositati il 15 ottobre 2011 la ricorrente ha impugnato, in aggiunta agli atti precedentemente gravati, il verbale di gara che ha aggiudicato l'appalto provvisoriamente a Metanprogetti s.r.l. nonché i precedenti atti istruttori, insistendo per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e formulando contestualmente anche domanda risarcitoria.

A sostegno dei motivi aggiunti ha dedotto illegittimità derivata dai vizi già censurati con il ricorso introduttivo nonché i seguenti ulteriori motivi:

VII) violazione dell'art. 3 comma 40 D. L.vo 163/06, della lettera di invito, eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, irrazionalità, ingiustizia manifesta, in quanto le condizioni dell'appalto non sono state negoziate;

VIII) violazione dell'art. 86 D. L.vo 163/06, dell'art. 14 comma 6 D. L.vo 164/00, violazione delle delibere della A.E.E.G. AEG/elt 159/908 e ARG/gas 120/08, eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, irrazionalità ed ingiustizia manifesta, in relazione al fatto che l'offerta di Metanprogetti sarebbe insostenibile alla luce dei criteri di remuneratività indicati dalla A.E.E.G., di guisa che essa avrebbe dovuto essere considerata anomala e verificata come tale;

IX) violazione dell'art. 86 D. L.vo 163/00 sotto altro profilo, in relazione alla sostanziale omessa disamina del piano industriale presentato dalle partecipanti.

La ricorrente ha quindi concluso insistendo per l'annullamento di tutti gli atti impugnati, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nonché per la condanna del Comune di Chieri al risarcimento del danno conseguente alla partecipazione ad una gara illegittima.

3. Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti passato alla notifica il 12 ottobre 2011 e depositato il 28 ottobre successivo, la ricorrente ha impugnato la determina che ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore di Metanprogetti, deducendone l'illegittimità derivata dai vizi denunciati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti ed articolando le seguenti ulteriori censure:

X) violazione dell'art. 230 comma 2 e 48 comma 2 D. L.vo 163/06, eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, in relazione alla omessa verifica dei requisiti di ordine tecnico ed economico in capo alla aggiudicataria;

XI) violazione degli artt. 206 comma 1 e 86 D. L.vo 163/06, dell'art. 14 comma 6 d. L.vo 164/00, dell'art. 1 comma 34 L. 239/04, dell'art. 8 comma 2 bis della L. 287/90, dei principi fondamentali di economicità, correttezza, trasparenza di cui all'art. 2 del D. L.vo 163/06, violazione delle delibere della A.E.E.G. ARG/gas

159/08, ARG/gas 155/08 e 11/07, violazione dei principi contabili nazionali, eccesso di potere sotto vari profili, in relazione al fatto che il Comune di Chieri non ha proceduto alla verifica della congruità, in quanto anomala, della offerta di Metanprogetti, che contiene numerosi profili di insostenibilità, illegittimità, sommarietà ed incompletezza;

XII) violazione dell'art. 3 comma 40 D. L.vo 163/06, violazione sotto diverso profilo dei principi fondamentali di economicità, correttezza, trasparenza di cui all'art. 2 del D. L.vo 163/06, delle delibere della A.E.E.G. ARG/gas 159/08, ARG/gas 155/08 e 11/07, dei principi contabili nazionali, eccesso di potere sotto vari profili, in relazione al fatto che il Comune di Chieri, in relazione alla generica formulazione degli atti di gara e alla omessa fase di negoziazione, la quale avrebbe consentito ai partecipanti di formulare l'offerta più consona alle esigenze della stazione appaltante.

4. Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, sia il Comune di Chieri che Metanprogetti s.r.l.

Alla camera di consiglio del 17 novembre 2011 il Collegio accoglieva l'istanza cautelare.

Il ricorso é stato chiamato alle pubbliche udienza del 23 febbraio e 4 aprile 2012, allorché é stato introitato per la decisione, e riportato in camera di consiglio il 19 aprile 2012, allorché é stato deciso.

DIRITTO

5. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso articolata dal Comune di Chieri in relazione al fatto che al momento in cui il ricorso introduttivo del giudizio veniva notificato (19 luglio 2011) l'offerta presentata (il 18 luglio 2011) da A.E.S. Torino s.p.a. non era stata ancora esaminata.

5.1. L'eccezione é palesemente infondata per la ragione che – a tacer d'altro – il ricorso, benché passato all'Ufficiale Giudiziario il 19 luglio 2011, di fatto non può essere stato ricevuto dal Comune di Chieri prima del 20 luglio 2011, giorno il cui il plico raccomandato contenente l'atto giudiziario destinato al Comune é stato accettato dall'ufficio postale. Di conseguenza, tenuto conto del fatto che l'esame delle offerte é avvenuto nel corso della seduta pubblica del 19 luglio 2011, al termine della quale é stata pronunciata l'aggiudicazione provvisoria a favore di Metanprogetti s.r.l., é evidente che al momento della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio sussisteva l'interesse strumentale della ricorrente alla invalidazione della procedura, conseguente alla impugnazione del disciplinare spiegata con il ricorso medesimo. Avendo poi la ricorrente coltivato l'impugnazione dei provvedimenti successivi sino alla aggiudicazione definitiva é evidente che l'interesse al ricorso originario si é consolidato, permanendo sino al momento della decisione.

5.2. Non é poi inutile rilevare che le osservazioni svolte dal Comune di Chieri in ordine alla sussistenza di un qualche accordo tra il gestore uscente Italgas s.p.a. e la ricorrente A.E.S. s.p.a., in base al quale l'odierna ricorrente, posseduta al 49% da Italgas s.r.l., avrebbe partecipato alla procedura negoziata al solo scopo di preconstituirsì il titolo per impugnarne i relativi atti onde prorogare la durata del servizio espletato da Italgas s.p.a. in regime di *prorogatio*, non sono allo stato idonee a determinare il difetto di interesse della ricorrente alla impugnativa del bando, tenuto conto del fatto che A.E.S. é un soggetto giuridico distinto da Italgas s.p.a. (che peraltro neppure la controlla, stante che il 51% del capitale azionario di A.E.S. é posseduto interamente da un altro soggetto, pubblico tra l'altro), che é stata invitata dal Comune di Chieri a partecipare alla procedura, che ha dipoi presentato l'offerta e che essa (e non Italgas) sarebbe stata responsabile della esecuzione dell'appalto ove si fosse resa aggiudicataria, esponendosi al rischio di perdere la

cauzione ove si fosse sottratta alla stipula del contratto. E' quindi incontestabile che A.E.S. era oggettivamente e personalmente titolare dell'interesse a che la procedura di affidamento di che trattasi avvenisse nell'osservanza di tutte le norme di settore ed é all'attualità titolare dell'interesse a farne rilevare l'illegittimità allo scopo di ristabilire la *chance* di rendersi affidataria del servizio.

D'altro canto va detto che l'accordo tra AES ed Italgas, la cui esistenza é insinuata dal Comune, per avere senso e per essere vincolante dovrebbe aver avuto il benestare dei rispettivi consigli di amministrazione, anche perché avrebbe dovuto contemplare il rifiuto di stipulare il contratto da parte di A.E.S. per il caso in cui questa si fosse resa aggiudicataria (giacché solo in tal modo si realizzava l'intento di Italgas di prorogare il regime di *prorogatio*, che é particolarmente vantaggioso in ragione del fatto che in qualità di gestore uscente Italgas non é tenuta a pagare alcun canone al Comune); inoltre detto accordo avrebbe dovuto prevedere una sorta di compenso a copertura del rischio afferente l'incameramento della cauzione da parte del Comune. Orbene, il Collegio non dispone di alcun elemento che possa far ritenere provate le anzidette circostanze (e cioè il coinvolgimento dei vertici delle due società, la disponibilità di A.E.S. a sottrarsi alla esecuzione del contratto e l'esistenza di una controprestazione a copertura dei rischi che A.E.S. si é assunta partecipando alla procedura). A ciò si aggiunga che l'attuale regime di *prorogatio* di cui beneficia Italgas é da addebitare in prima battuta allo stesso Comune, che ha invitato Italgas e A.E.S. a partecipare alla procedura negoziata pur non avendo alcun obbligo in tal senso, e tale considerazione evidentemente non giova alla ricostruzione dei rapporti tra A.E.S. ed Italgas nei termini accreditati dalla stazione appaltante.

In ogni caso il presente giudizio non può essere influenzato da circostanze che, benché possibili, allo stato non risultano provate.

5.3. In conclusione, all'attualità non sussistono elementi concreti che possano indurre la conclusione per cui A.E.S. non ha interesse alla procedura e, di conseguenza, interesse a coltivare il presente giudizio.

6. Nel merito il ricorso merita di essere accolto in ragione della fondatezza del secondo dei motivi di ricorso articolati nel ricorso introduttivo del giudizio, avente rilevanza assorbente di ogni ulteriore censura. Ai fini di comprendere le ragioni di tale affermazione é tuttavia necessario puntualizzare in fatto quanto segue.

6.1 Con determinazione dirigenziale del 31 marzo 2011 il Comune di Chieri indicava, ai sensi dell'art. 57 D. L.vo 163/06, una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, dando atto che una procedura aperta precedentemente esperita era andata deserta in quanto non erano pervenute offerte entro il termine stabilito nel bando.

Con nota del 7 aprile 2011 il Comune invitava 17 aziende a partecipare alla procedura negoziata: tra esse l'attuale gestore uscente Italgas s.p.a., la odierna ricorrente A.E.S. Torino s.p.a., posseduta al 49 % da Italgas, e la controinteressata Metanprogetti s.r.l.. Le aziende erano invitate a far pervenire, entro il 21 aprile 2011, la richiesta di essere convocati per prendere visione dei documenti e delle condizioni tecnico – economiche della procedura allo scopo di formulare una offerta.

Ricevuta la manifestazione d'interesse da parte di 6 aziende, il Dirigente competente con nota del 22 giugno 2011 rimetteva alle stesse la documentazione necessaria per formulare l'offerta, fissando al 18 luglio 2011 il termine ultimo per la presentazione delle offerte ed al giorno successivo la prima seduta pubblica per l'esame delle medesime.

Solo la ricorrente e la controinteressata A.E.S. Torino s.p.a. e Metanprogetti s.r.l. facevano pervenire la propria offerta.

6.2. Secondo quanto previsto dal disciplinare di gara al punto 3, “modalità di presentazione dell’offerta”, i soggetti che intendevano partecipare alla procedura erano tenuti a presentare, in un unico plico: a) l’offerta economica; b) l’originale della cauzione provvisoria; c) l’attestazione del versamento del contributo a favore della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici; d) gli allegati “facoltativi”, costituiti dalla scheda riassuntiva degli interventi previsti nell’eventuale piano industriale (d.1) e dal piano industriale (d.2), contenente l’indicazione degli interventi di sviluppo, di manutenzione, di innovazione tecnologica, le attività connesse alla gestione amministrativa del servizio, le attività di gestione della sicurezza ed il programma di sensibilizzazione al programma energetico.

Da notare che al punto d) il disciplinare specificava, in grassetto, che: *“la redazione e presentazione della scheda riassuntiva (precedente punto d.1) é da considerarsi meramente opzionale in quanto la redazione di un piano industriale non ha natura obbligatoria. Ove redatto l’offerente dovrà indicare il valore residuo degli investimenti proposti al punto A.4 dell’offerta”*.

La presentazione della offerta tecnica era dunque, all’evidenza, considerata come meramente facoltativa.

Al Punto 4, “modalità di aggiudicazione” il disciplinare di gara specificava che la valutazione delle offerte sarebbe avvenuta secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa ed in base ai seguenti criteri:

- 1) entità del canone annuo che la aggiudicataria avrebbe riconosciuto al Comune per l’affidamento del servizio in esclusiva, espresso in quota percentuale sul VRT, non inferiore al 10%: attribuzione del punteggio massimo di 62 punti al canone più elevato, agli altri un punteggio direttamente proporzionale;
- 2) importo unitario del contributo di allaccio d’utenza fino a 10 metri, con un valore non superiore a Euro 600,00: attribuzione del punteggio massimo di 11 punti per il contributo di importo inferiore, agli altri di un punteggio direttamente proporzionale;

- 3) sconto percentuale sull'elenco prezzi, con un minimo dell'1%: attribuzione del punteggio massimo di 11 punti allo sconto più elevato, agli altri di un punteggio direttamente proporzionale;
- 4) valore dell'indennizzo a fine affidamento degli interventi realizzati nel corso dell'affidamento *“secondo il piano industriale eventualmente presentato dal concorrente”*: attribuzione del punteggio massimo di 6 punti per il valore residuo più basso, agli altri di un punteggio direttamente proporzionale, con la precisazione che *“nel caso in cui un concorrente non offra alcun intervento ad esso sarà attribuito il punteggio 0 (zero)”*;
- 5) valore della quota *una tantum* da riconoscersi al Comune al momento della sottoscrizione del contratto per l'affidamento in esclusiva del servizio: attribuzione del punteggio massimo di 5 punti per l'importo più elevato, per gli altri un punteggio direttamente proporzionale;
- 6) importo unitario del contributo di allaccio d'utenza per ogni metro di tubazione eccedente i metri 10: attribuzione del punteggio massimo di 5 punti all'importo unitario più basso, agli altri un punteggio direttamente proporzionale.

6.3. In ordine al contratto di servizio che l'aggiudicatario avrebbe dovuto stipulare v'è da dire che, al di là dell'obbligo generale di assicurare la sicurezza, la affidabilità e la continuità del servizio, nonché la imparzialità e neutralità dello stesso al fine di assicurare l'accesso paritario a tutti gli utenti, al gestore non era fatto altro obbligo se non di realizzare a proprie spese la manutenzione ordinaria (art. 10 comma 1) nonché quella straordinaria, questa però destinata ad essere indennizzata a fine contratto dal nuovo gestore (art. 10 comma 4 e 9 comma 1). La firma del contratto obbligava infatti il gestore a realizzare , assumendosene i relativi oneri economici e di crono programma, *“tutti gli interventi di sviluppo delle reti e degli impianti previsti nel piano industriale da esso offerto in sede di gara”* (at. 8); ulteriori interventi non indicati nel piano industriale avrebbero potuto essere proposti dal gestore o dallo stesso

titolare, e realizzati previo accordo tra le parti e previa determinazione del relativo indennizzo da corrispondere a fine contratto (art. 9).

Essendo facoltativa la presentazione del piano industriale, in mancanza di esso la stipula del contratto avrebbe generato solo l'obbligo di effettuare la manutenzione ordinaria e straordinaria. Quanto agli ulteriori interventi di sviluppo di cui all'art. 9, l'obbligo di realizzarli in realtà sarebbe scattato solo nel momento in cui il gestore ed il titolare avessero trovato un accordo sulla tipologia delle opere, sulle modalità e tempi di attuazione, sulle condizioni economiche di realizzazione e di devoluzione delle stesse (art. 9 comma 1), e solo la violazione di siffatto accordo avrebbe costituito causa di risoluzione automatica del contratto (art. 28 comma 2 lett. b) del contratto).

Da ultimo va rilevato che, secondo quanto previsto all'art. 6 comma 3 del contratto di servizio, l'indennizzo spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14 del D. L.vo 164/00 sarebbe stato posto a carico del nuovo gestore e non del Comune.

6.4. Nel corso della prima seduta pubblica, tenutasi il 19 luglio 2011, la Commissione ha esaminato le uniche due offerte pervenute, cioè quella di A.E.S. e quella di Metanprogetti.

Quest'ultima raccoglieva : 62 punti per il criterio n. 1, offrendo un canone rapportato al 30% del VRT; 0,024 punti per il criterio n. 2, avendo indicato in 450 euro il contributo di allaccio; 0,88 punti per il criterio n. 3, avendo offerto uno sconto sui prezzi del 4%; 5,83 punti per il criterio n. 4, avendo presentato un piano industriale dal valore residuo di E. 1.572.667.000,00; 5 punti per il criterio n. 5, avendo offerto una *una tantum* iniziale di E. 500.000,00; punti 0,11 per il criterio n.6, avendo indicato in euro 45,00 il costo del contributo di allaccio per ogni metro superiore ai 10. In tutto punti 73,845.

Completamente diversa l'offerta di A.E.S., che raccoglieva: punti 31,992 a fronte della offerta di un canone annuo rapportato al 15,48% del VRT; punti 11 per il criterio n. 2, avendo indicato in euro 1,00 il contributo di allaccio; punti 11 per il criterio n. 3, avendo indicato nel 50% lo sconto sui prezzi; punti 6 per il criterio n. 4, avendo presentato un piano industriale dal valore residuo di E. 1.528.013,00; punti 1 per il criterio n. 5, avendo offerto una *una tantum* iniziale di E. 100.000,00; e punti 5 per il criterio n. 6, avendo indicato in E. 1,00 il contributo di allaccio per ogni metro superiore ai 10. In tutto punti 65,992.

Con verbale del 19 luglio 2011, pertanto, il servizio veniva provvisoriamente affidato a Metanprogetti s.r.l.

Seguiva la determinazione n. 559/2011 del 23.9.2011, con la quale il Dirigente Area Servizi Finanziari e Patrimoniali disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

7. Osserva il Collegio che i criteri di aggiudicazione del servizio, come sopra ricordati, prescindevano completamente dalla presentazione e dall'esame della offerta tecnica, che del resto, come si è visto, era meramente eventuale. Infatti nell'ambito dei criteri di valutazione non ve n'è uno che oggettivamente valorizzi la qualità intrinseca degli investimenti direttamente né indirettamente, ad esempio attraverso l'attribuzione del punteggio più elevato al maggior valore economico degli investimenti previsti. Allo stesso modo si constata che l'attribuzione del punteggio più alto al valore residuo più basso non consegue ad una specifica valorizzazione del cronoprogramma, in guisa da incoraggiare l'aggiudicatario ad effettuare gli investimenti anche nella prima fase del contratto, in modo da poterne ammortizzare il costo. Gli (eventuali) investimenti previsti venivano quindi presi in considerazione solo per il loro valore residuo a fine contratto e solo in funzione del fatto che tale valore avrebbe rappresentato l'indennizzo da corrispondere al

gestore uscente a fine contratto, in ossequio a quanto previsto dall'art. 14 comma 8 del D.L.vo 164/00

Di tal fatta é evidente che anche il criterio indicato al n. 4 valorizzava, come tutti gli altri, una entità meramente economica e che, in assenza di criteri che imponessero contestualmente di tenere conto anche della qualità complessiva della offerta tecnica, esso in realtà scoraggiava la presentazione di piani industriali che contemplassero corposi interventi di estensione della rete o di innovazione tecnologica: ciò per la ragione che il valore residuo a fine contratto degli investimenti previsti in simili piani sarebbe stato troppo alto per ottenere l'attribuzione del punteggio massimo.

7.1. A scoraggiare ulteriormente la presentazione di piani industriali che andassero al di là della stretta manutenzione ordinaria e straordinaria vi era poi la circostanza che a fronte della mancata presentazione del piano industriale il disciplinare non comminava l'esclusione del concorrente dalla gara – ciò che invece era previsto per la violazione delle offerte minime indicate per gli altri criteri – ma prevedeva, semplicemente, l'attribuzione di punti 0 in relazione al criterio n. 4.

Il disciplinare impugnato rendeva quindi oggettivamente possibile l'aggiudicazione del servizio ad un soggetto che non si obbligava ad eseguire altro che gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria.

7.2. Tale possibilità di fatto diventava concreta in ragione del particolare meccanismo di attribuzione del punteggio, che in tutta evidenza favoriva gli interessi economici del Comune prevedendo la attribuzione di ben 62 punti per il canone annuo più alto. In particolare, il concorrente che avesse offerto il canone più elevato si sarebbe accaparrato un elevatissimo punteggio, che avrebbe creato un divario ben difficilmente colmabile dai concorrenti facendo prevalere la di loro offerta sugli altri criteri: basti pensare che la sommatoria dei massimi punteggi

previsti per gli altri 5 criteri ammonta ad appena 38 punti, e di questi solo 6 conseguono alla presentazione eventuale del piano industriale.

7.3. La sproporzione esistente tra il punteggio da attribuire al canone più elevato e tutti gli altri punteggi la dice lunga sulla natura dell'interesse meramente economico, che il Comune ha inteso soddisfare nel bandire la procedura negoziata oggetto del giudizio.

Di contro non pare essere stato tenuto in soverchia considerazione l'interesse degli utenti, posto che in relazione allo sconto sul contributo di allaccio il disciplinare prevedeva l'attribuzione di massimo 11 e 6 punti. L'interesse degli utenti appare inoltre negletto nella misura in cui il disciplinare scoraggia, per i motivi sopra esposti, la presentazione del piano industriale e la realizzazione di costosi interventi di estensione, di potenziamento e di adeguamento della rete, necessari per raggiungere le zone ancora non servite. Manca poi del tutto un criterio che tenga conto delle condizioni economiche praticate agli utenti a fronte della somministrazione del servizio.

Infine è evidente che, nel rendere facoltativi gli interventi dianzi indicati (si è già precisato, infatti, che ove pure siffatti interventi fossero ritenuti necessari dal titolare ai sensi dell'art. 9 del contratto di servizio, di fatto il gestore non sarebbe obbligato ad eseguirli sino al raggiungimento di un accordo con il titolare) il disciplinare della gara di fatto ha ritenuto di attribuire una importanza del tutto secondaria alla sicurezza ed all'affidabilità del servizio, che non sempre sono garantiti dalla semplice manutenzione, non potendosi escludere a tal fine interventi di rifacimento o di installazione di nuove tecnologie più sofisticate e più sicure.

Tale disattenzione per la sicurezza e la affidabilità non pare potersi giustificare con l'asserito (e peraltro indimostrato) buono stato dell'impianto, stante che viene in considerazione un contratto della durata di ben 12 anni, durante i quali è

verosimile, se non probabile, l'intervento di fattori idonei ad incidere sullo stato di conservazione della rete.

7.4. E' un dato di fatto, infine, che nel caso di specie Metanprogetti, grazie alla offerta di un elevatissimo canone annuo e di una imponente *una tantum* iniziale, avrebbe potuto aggiudicarsi il contratto anche senza presentare il piano industriale: infatti, sottraendo ai 73,845 punti che essa ha totalizzato i 5,83 punti che le sono stati attribuiti per il valore residuo del piano industriale da essa presentato, Metanprogetti avrebbe comunque maturato a proprio favore 68,015 punti, cioè 2,023 punti in più rispetto ai 65,992 che A.E.S. ha totalizzato presentando il piano industriale e riportando per esso il punteggio massimo previsto (6 punti).

8. Un disciplinare come quello che si è testé esaminato è illegittimo per le ragioni indicate dalla ricorrente nel secondo dei motivi articolati nel ricorso introduttivo, ragioni che si riassumono nella constatazione che esso non garantiva che il servizio fosse affidato alle condizioni migliori per gli utenti e per il mantenimento dei livelli minimi di sicurezza e affidabilità della rete: tale constatazione va in senso contrario alla *ratio* delle norme di settore, dalle quali è desumibile il principio per cui la ricerca di tali condizioni minime non deve essere lasciata alla fase di esecuzione del contratto, ma deve essere anticipata alla fase della procedura di affidamento.

8.1. Con l'art. 14 del D. L.vo 164/00 è stato infatti introdotto il principio per cui l'affidamento del servizio di distribuzione del gas può avvenire solo tramite gara da aggiudicarsi “*sulla base delle migliori economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo ed il potenziamento della rete e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti*”, e con la precisazione che tali elementi avrebbero dovuto far parte del contratto di servizio.

8.2. Tale principio è stato confermato, ed è stato anzi rafforzato, dall'art. 46 bis del D.L. 159/07, convertito nella L. 222 del 2007, il quale ha stabilito che “*al fine di*

garantire al settore della distribuzione del gas naturale maggiore concorrenza e livelli minimi di qualità dei servizi essenziali?” con decreto ministeriale sarebbero stati individuati “*i criteri di gara e di valutazione dell’offerta per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas previsto dall’art. 14 comma 1 del decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164, tenendo conto in maniera adeguata, oltre che delle condizioni economiche offerte, e in particolare di quelle a vantaggio dei consumatori, degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti?*”. Se dunque il legislatore ha ritenuto opportuno regolamentare i criteri di aggiudicazione per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas é perché il rispetto di determinati criteri di aggiudicazione é stato ritenuto imprescindibile.

8.3. Il decreto ministeriale che definiva, in attuazione dell’art. 46 bis, i criteri di aggiudicazione delle gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas non era ancora stato emanato al momento in cui venivano spediti gli inviti a partecipare alla procedura negoziata oggetto del giudizio; tuttavia é chiaro che nel 2007 il legislatore ha voluto ribadire e rafforzare il concetto per cui le gare per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas non possono non tenere conto, “*in maniera adeguata*”, delle condizioni economiche a vantaggio dei consumatori , degli standard qualitativi di sicurezza del servizio, dei piani di investimento e di sviluppo delle reti e degli impianti.

Con decreto ministeriale n. 226 del 12.11.2011 i criteri di aggiudicazione dei servizi in questione sono stati finalmente esplicitati, e sono stati ricondotti a tre grandi categorie, e cioè: le condizioni economiche, i criteri di sicurezza e di qualità ed infine i piani di sviluppo degli impianti. Il regolamento prevede, in particolare, la possibilità di attribuire non più di 28 punti per le condizioni economiche, non più di 22 punti per i criteri di sicurezza, oltre a 5 punti per il criterio della qualità; ed infine non più di 45 punti per il piano degli investimenti, da presentarsi obbligatoriamente. Tanto dimostra quanto fosse già imminente nel sistema del

D.L. 159/07 la necessità della presentazione del piano degli investimenti e di attribuire ad esso un valore significativo.

Conferma di ciò si trae anche dalla sentenza del Consiglio di Stato, n. 578 del 26 gennaio 2011, la quale ha statuito che *“il legislatore non ha predeterminato il valore ponderale da attribuire, rispettivamente, all'elemento qualità ed all'elemento prezzo delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, lasciando spazio alla discrezionalità della Pubblica amministrazione da esplicitare alla luce degli interessi da perseguire e delle circostanze specifiche della singola procedura in relazione alle condizioni della rete; di conseguenza la scelta di attribuire il peso di due terzi all'elemento economico non appare irragionevole né sproporzionata: da un lato infatti, l'elemento qualitativo, segnatamente, le voci relative ai piani investimenti per lo sviluppo e il potenziamento della rete e le condizioni per gli allacciamenti e il servizio per gli utenti, ciascuna articolata in sotto-criteri, non viene marginalizzato in modo da perdere ogni rilievo al fine di influenzare la scelta dell'aggiudicatario; dall'altro lato il riconoscimento di un rilievo significativo al dato economico appare giustificato dalla decisione dell'amministrazione di farsi integralmente carico dell'onere del rimborso spettante al gestore uscente ai sensi dell'art. 14 comma 8 d. lg. 23 maggio 2000 n. 164, esonerando così i partecipanti dall'obbligo di sostenere il relativo costo e, soprattutto, appare coerente con il rilievo prima svolto circa le buone condizioni di manutenzione della rete.”*: ad avviso del Collegio il su riportato precedente implicitamente conferma che a prescindere dalla concreta determinazione dei criteri di aggiudicazione – in concreto avvenuta solo con il d.m. 226/2011 -, dalle norme vigenti già discendeva l'obbligo, nelle gare di affidamento del servizio per la distribuzione del gas, di imporre la presentazione del piano degli investimenti a pena di esclusione e di valutarlo come tale (e non per i valori economici che esso esprimeva).

8.4. Orbene, , non é chi non veda che il caso di specie é caratterizzato da una ben diversa situazione di fatto rispetto a quello deciso dal ricordato precedente del Consiglio di Stato. Infatti nel caso presente su 100 punti disponibili, solo i 16 punti

relativi allo sconto sul contributo di allaccio non conseguono alla applicazione di criteri puramente economici. Inoltre alcun peso é attribuito all'elemento qualitativo: si ribadisce, infatti, che il piano industriale é meramente facoltativo, ed assume importanza non per il suo contenuto ma per il valore residuo degli investimenti, che se elevato rende meno attrattiva la gara da espletarsi al termine del contratto. Questo aspetto é sotteso anche al criterio n. 3, che considera lo sconto offerto sui prezzi relativi alle opere da realizzarsi nel corso della durata del contratto e soggette a futuro indennizzo. Si potrebbe pensare che, attribuendo comunque un punteggio per il valore residuo degli investimenti, il Comune abbia cercato di invogliare i concorrenti a realizzare investimenti al minor prezzo possibile; tuttavia il basso punteggio attribuito al valore residuo (6 punti su cento) unitamente alla spinta verso il ribasso dei prezzi di realizzazione delle opere (criterio n. 3) non sono idonei ad invogliare investimenti di qualità, ed al limite incoraggiano investimenti di rilievo non significativo e comunque potenzialmente mal eseguiti, il che certamente non corrisponde alla volontà del legislatore. In ogni caso altro é incoraggiare in via del tutto indiretta gli investimenti, altro é prevedere la obbligatoria presentazione del piano industriale a pena di esclusione della procedura.

C'è quindi un oggettivo sbilanciamento a favore del criterio economico, che pesa per ben oltre i 2/3 e che però non é allo stato giustificabile, posto che l'onere di pagare al gestore uscente l'indennizzo di cui all'art. 14 D. L.vo 164/00 grava sul futuro gestore entrante (e non a carico del Comune) né si giustifica con l'asserito buono stato di manutenzione della rete, che non é stato dimostrato e che comunque deve confrontarsi con un contratto della durata di 12 anni.

9. In ordine alla censura in esame il Comune ha sostenuto che il D. L.vo 164/00 e la normativa che ad esso é succeduta, non siano applicabili al caso di specie per la

ragione che detta normativa si applicherebbe solo alle “gare” e non anche alle procedure negoziate.

L’eccezione non ha pregio giacché il termine “gara” non si riferisce solo alle procedure ad evidenza pubblica “aperte”, ma anche a quelle ristrette. Lo stesso art. 46 bis contempla chiaramente, al comma 4, l’ipotesi in cui l’affidamento del servizio di distribuzione del gas abbia luogo con procedura negoziata, laddove stabilisce che *“Gli enti locali che, per l’affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale, alla data di entrata in vigore del presente decreto, in caso di procedura aperta, abbiano pubblicato i bandi di gara, o, in caso di procedura di gara ristretta, abbiano inviato anche le lettere di invito,possono procedere all’affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale secondo le procedure applicabili alla data di indizione della relativa gara.....”*..

Del resto non appare ragionevole che il legislatore abbia consentito a derogare ai criteri di aggiudicazione indicati dall’art. 14 del D. L.vo 164/00 e poi dall’art. 46 bis del D.L. 159/07 in presenza di una procedura ristretta, dal momento che tali criteri sono funzionali a garantire i livelli minimi di qualità del servizio.

In altre parole, le procedure di affidamento del servizio di distribuzione del gas seguono ormai, per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, le disposizioni di cui alle norme sopra citate, che non possono ritenersi derogabili in alcun caso, allo stesso modo in cui non si può derogare al principio per cui tali servizi possono essere affidati solo con gara, e non più tramite concessione.

Ciò significa che, nel settore di che trattasi, nel passaggio dalla gara pubblica alla procedura ristretta i criteri di aggiudicazione possono certamente essere modificati in funzione di rendere l’aggiudicazione del servizio più attraente, tuttavia rispettando il principio per cui non si può prescindere ai fini della scelta del contraente da una adeguata valorizzazione della offerta tecnica.

9.1. Il Comune ha inoltre eccepito che il disciplinare, all’art. 5, prevedeva che l’aggiudicatario *“oltre a quanto previsto dallo schema di contratto di servizio, che ove del caso*

sarà opportunamente integrato, sulla base di quanto disposto dall'art. 14 comma 6 del D. L.vo 164/00, con i contenuti di cui all'offerta economica ed all'offerta tecnico-qualitativa, sarà tenuta ad assumersi tutte le spese necessarie per la stipula del contratto.....". In particolare, secondo la difesa del Comune detto inciso varrebbe a far ritenere rispettati, nel caso di specie, l'art. 14 del D. L.vo 164/00 nonché l'art. 46 bis del D.L. 159/07.

Il rilievo è inconferente per la ragione che il richiamo all'art. 14 del D. L.vo 164/00 è effettuato, all'art. 5 del disciplinare, solo ai fini di meglio definire il contenuto del contratto, mentre non vale a definire criteri di aggiudicazione del contratto, che sono individuati all'art. 4 del disciplinare.

Non si dimentichi, ad ogni buon conto, che la realizzazione di opere ritenute necessarie dal titolare richiede, secondo quanto previsto dal contratto di servizio, il preventivo accordo con il gestore, in mancanza del quale il titolare può solo rivolgersi alla Autorità giudiziaria perché definisca le condizioni per la realizzazione delle nuove opere. La possibilità che il titolare ha di ampliare, in corso di esecuzione del contratto, gli obblighi del gestore al di là di quanto costituisce manutenzione e di quanto indicato nell'eventuale piano industriale costituisce, quindi, una evenienza di non facile accadimento, anche perché si deve tenere conto del fatto che non si può facilmente obbligare la parte di un contratto ad eseguire prestazioni che vadano al di là dell'alea normale.

9.2. Né sposta i termini del problema la circostanza che entrambi i concorrenti abbiano presentato il piano industriale, che esso sia stato di fatto valutato dalla Commissione, e che perciò al postutto la procedura ha raggiunto lo scopo di affidare il servizio garantendo i livelli minimi essenziali di sicurezza ed efficienza.

A tacer del fatto che il particolare meccanismo di attribuzione dei punteggi non incoraggiava i concorrenti ad impegnarsi a spendere grosse somme di danaro per gli investimenti (il piano industriale di Metenprogetti la vincolava ad una spesa di circa 131.000,00 euro all'anno) e pertanto non garantiva – per le ragioni già esposte

– la qualità delle opere contemplate in quei piani di investimento, v'è da dire che nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica non può trovare applicazione un principio simile a quello consacrato all'art. 156 comma 3 c.p.c., secondo il quale la nullità di un atto processuale non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato, che in pratica è quanto il Comune di Chieri pretenderebbe che si facesse..

L'applicazione di un siffatto principio si tradurrebbe, nell'ambito di procedure concorsuali, nella violazione della *par condicio* dei partecipanti, giacché comporterebbe il mantenimento in vita di una procedura illegittima sulla base di circostanze che non si doveva tenere in conto e che gli altri partecipanti legittimamente non hanno tenuto in conto: così nel caso di specie la aggiudicazione finirebbe per essere salvata sulla base della avvenuta presentazione e valutazione, nel merito, di un piano industriale che in realtà non era destinato ad essere valutato come tale, nella qual cosa potrebbe forse risiedere la ragione per la quale la maggior parte delle imprese invitate ha declinato l'invito a partecipare.

9.3. Infine, la circostanza che A.E.S. non abbia partecipato alla precedente gara pubblica non toglie che essa abbia interesse a che la successiva procedura ristretta, che è autonoma rispetto alla precedente gara aperta, si svolga correttamente, e cioè valorizzando adeguatamente, a mezzo di significativo punteggio, quantomeno la qualità del piano industriale e ridimensionando il valore da attribuire alle condizioni economiche: è chiaro, infatti, che una diversa distribuzione del punteggio avrebbe potuto determinare la presentazione di offerte ben diverse sia da parte di A.E.S. che da parte di Metanprogetti, e forse avrebbe determinato la partecipazione di un maggior numero di aziende. Una diversa distribuzione dei punteggi avrebbe potuto indurre, ad esempio, l'offerta di un minor canone annuo da parte di Metanprogetti, e così l'attribuzione di un punteggio più elevato ad A.E.S. relativamente a tale criterio.

Non é quindi seriamente revocabile in dubbio l'interesse di A.E.S. a far valere l'illegittimità in esame.

10. Per tutti i motivi sovra esposti il Collegio ritiene fondata la seconda delle censure articolate con il ricorso introduttivo, la quale, implica l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio nonché, per illegittimità derivata, di tutti gli atti conseguenti, impugnati con i ricorsi per motivi aggiunti.

11. Non constando essere intervenuta la stipula del contratto tra la stazione appaltante e Metanprogetti s.r.l., la domanda tendente alla declaratoria di inefficacia del contratto va dichiarata inammissibile per difetto di interesse.

12. Va respinta, invece, la domanda risarcitoria, non avendo la ricorrente fornito alcuna dimostrazione in ordine alla tipologia ed entità dei danni asseritamente subiti in conseguenza della partecipazione alla procedura annullata.

13. Il ricorso va conclusivamente accolto nei sensi di cui in motivazione.

La particolarità del caso di specie giustifica l'integrale compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti sul ricorso, come in epigrafe proposti, li accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio dei giorni 4 e 19 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)